

**PÚBLICO**

Alteração do Código dos Contratos Públicos e da Lei das Medidas Especiais

Em 07 de novembro de 2022, foi publicado, em Diário da República, o [Decreto-Lei n.º 78/2022](#), que procedeu (i) à 19.ª alteração do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo [Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro](#) (“CCP”), (ii) à 1.ª alteração da [Lei n.º 30/2021, de 21 de maio](#) (retificada pela declaração de retificação n.º 25/2021, de 21 de julho), que aprovou medidas especiais de contratação pública (“Lei 30/2021”); e (iii) à 1.ª alteração do [Decreto-Lei n.º 60/2018, de 3 de agosto](#), que procedeu à simplificação de procedimentos administrativos necessários à prossecução de atividades de I&D.

O diploma entra em vigor no próximo dia 02 de dezembro de 2022, sendo aplicável (i) aos procedimentos de contratação pública que se iniciem após aquela data, bem como (ii) aos contratos celebrados ao abrigo desses procedimentos.

Seguindo pela ordem da sua relevância, dar-se-á conta, em especial, das principais novidades empreendidas no CCP e na Lei 30/2021.

Das alterações ou aditamentos ao CCP**1. Alterações aos fundamentos para a adoção do ajuste direto por critérios materiais para quaisquer contratos.**

O legislador procedeu à alteração das alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 24.º, introduzindo uma nova arrumação e algumas novidades na matéria, de forma a alinhar o regime de adoção do ajuste direto com as soluções consagradas nas Diretivas.

O diploma entra em vigor no próximo dia 02 de dezembro de 2022, sendo aplicável aos procedimentos de contratação pública que se iniciem após aquela data, bem como aos contratos celebrados ao abrigo desses procedimentos.

Mantém-se a possibilidade de adoção de ajuste direto por critérios materiais nas hipóteses em que quaisquer concursos públicos ou concursos limitados por prévia qualificação fiquem desertos *ab initio* – isto é, porque nenhum concorrente apresentou proposta ou porque nenhum candidato apresentou candidatura.

Restringe-se o âmbito de aplicação do ajuste direto nas situações em que os concursos públicos ou concursos limitados por prévia qualificação **fiquem desertos a posteriori por força de exclusão de todas as propostas ou candidaturas**, consoante a publicidade do procedimento (na redação previamente em vigor do CCP era permitido o recurso ao ajuste direto por critérios materiais desde que todas as propostas fossem excluídas, sem estabelecer diferenciação quanto à causa da exclusão):

- i) Concursos públicos com publicidade no Jornal Oficial da União Europeia: a adoção do ajuste direto com este fundamento passa apenas a ser possível **se as propostas foram excluídas por “desrespeit[ar]em manifestamente o objeto do contrato a celebrar”** (primeira parte da alínea *a*) do artigo 70.º).

Como esclarece o preâmbulo do diploma, estão em causa situações em que, à luz das Diretivas, as propostas são excluídas porque se consideram “inadequadas” (ver *infra*). Aproxima-se, assim, o regime do CCP ao das Diretivas, que estabelecem que o procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio (ou seja, o ajuste direto) pode ser utilizado “*quando não forem apresentadas propostas, nem propostas adequadas (...) em resposta a um concurso aberto ou limitado, desde que as condições iniciais do contrato não sejam substancialmente alteradas*” (cfr. artigo 32.º, n.º 2, alínea *a*) da Diretiva 24/2014/UE);

- ii) Concursos limitados por prévia qualificação com publicidade no Jornal Oficial da União Europeia: será apenas possível o recurso ao ajuste direto quando as candidaturas tenham sido excluídas nas seguintes situações:
 - a) Os candidatos ou agrupamentos de candidatos estejam impedidos, nos termos do artigo 55.º (alínea *c*) do n.º 2 do artigo 184.º);
 - b) As candidaturas sejam constituídas por documentos falsos, ou nas quais os candidatos prestem culposamente falsas declarações (alínea *j*) do n.º 2 do artigo 184.º); ou
 - c) Os candidatos não preenchem os requisitos de capacidade técnica ou financeira (alínea *l*) do n.º 2 do artigo 184.º).

Em relação a concursos públicos e concursos limitados por prévia qualificação sem publicidade no Jornal Oficial da União Europeia (isto é, cujo valor do contrato é inferior aos montantes dos limiares europeus), continua a ser possível o ajuste direto quando as propostas ou as candidaturas tenham sido excluídas por qualquer dos fundamentos de exclusão legalmente admitidos.

Restringe-se o âmbito de aplicação do ajuste direto nas situações em que os concursos públicos ou concursos limitados por prévia qualificação fiquem desertos a posteriori por força de exclusão de todas as propostas ou candidaturas.

Ainda que reorganizados na estrutura do preceito, mantêm-se os restantes requisitos para adoção do ajuste direto com base neste critério material, nomeadamente (i) a inalterabilidade substancial das peças do procedimento (acrescentando-se, agora, uma referência ao programa do procedimento) e (ii) o prazo de 6 meses a contar da ocorrência de cada evento (termo do prazo para apresentação de candidaturas ou de propostas ou decisão de exclusão das candidaturas ou das propostas).

No que respeita à densificação do requisito de “*alteração substancial das peças do procedimento*”, aclara-se a formulação no novo n.º 3, passando a referir-se que o mesmo se verifica quando as alterações tivessem sido suscetíveis de impedir que o anterior procedimento ficasse deserto (por falta de apresentação ou por exclusão de todas as candidaturas ou propostas), sugerindo-se, exemplificativamente, por tal envolver “*a modificação de aspetos da execução do contrato ou de requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira*”.

2. Aditamento de novo fundamento para a adoção de procedimentos de negociação ou de diálogo concorrencial.

Relacionada com as alterações ao artigo 24.º acima explicadas, foi aditada uma alínea *f*) ao artigo 29.º, em matéria de escolha dos procedimentos de negociação e de diálogo concorrencial em função de critérios materiais.

De acordo com este aditamento (que melhor se compreende quando conjugado com as novas redações das alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do artigo 24.º), passa a ser possível a adoção de procedimentos de negociação e de diálogo concorrencial na sequência de concursos públicos ou de concursos limitados por prévia qualificação (apenas em fase de apresentação das propostas) em que tenham sido excluídas todas as propostas com qualquer dos fundamentos de exclusão previstos nos artigos 70.º e 146.º, com exceção do “novo” fundamento previsto na primeira parte da alínea *a*) do n.º 2 do artigo 70.º - que, como se referiu, pode fundamentar a adoção de um ajuste direto por critérios materiais). Acrescenta-se, ainda, um novo n.º 5, conferindo à entidade adjudicante a possibilidade de não publicar os anúncios dos procedimentos quando apenas convide a apresentar candidatura os concorrentes do anterior concurso cujas propostas tenham sido excluídas com fundamento apenas no artigo 70.º, n.º 2 - excetuando a primeira parte da alínea *a*) desse preceito.

Estas alterações vão igualmente ao encontro da solução consagrada nas Diretivas: se só foram apresentadas propostas irregulares ou inaceitáveis (cujas desconformidades se reconduzem, grosso modo, ao elenco previsto no n.º 2 do artigo 70.º do CCP), as autoridades adjudicantes podem utilizar o procedimento concorrencial de negociação ou um diálogo concorrencial, não sendo obrigadas a publicar um anúncio de concurso se incluírem no procedimento todos os proponentes, e exclusivamente os proponentes, que no concurso aberto ou limitado anterior tenham apresentado propostas que correspondam aos requisitos formais do procedimento (cfr. artigo 26.º, n.º 4, alínea b), §1 e §2) da Diretiva 24/2014/EU).

3. Aditamento de novo fundamento de exclusão na primeira parte da alínea *a*) do n.º 2 do artigo 70.º.

É introduzido um segmento inicial na alínea *a*) do n.º 2 do artigo 70.º, de acordo qual serão também excluídas as propostas cuja análise revele que “*desrespeitam manifestamente o objeto do contrato a celebrar*”. Este segmento apresenta-se numa relação de alternatividade com o remanescente texto da alínea (denunciada pela conjunção “ou”), indiciando que se trata de um **fundamento autónomo de exclusão de propostas**, e não uma mera clarificação ou concretização do preceito na sua redação anterior.

Como se referiu, existe umnexo entre a inclusão desta causa de exclusão e as alterações introduzidas no regime de adoção de ajuste direto por critérios materiais, servindo a mesma como linha de fronteira que delimita os casos em que agora será possível recorrer ao ajuste direto quando o concurso ficou deserto por exclusão de todas as propostas. A questão da interpretação deste novo fundamento deverá, assim, ser enquadrada por referência ao conceito de “propostas inadequadas”, utilizado pelo legislador europeu nas Diretivas, mas que não foi alvo de transposição para o CCP.

É introduzido uma nova causa de exclusão no n.º 2 do artigo 70.º, de acordo com a qual serão excluídas as propostas cuja análise revele que “desrespeitam manifestamente o objeto do contrato a celebrar”.

Assim, uma proposta será inadequada quando for “irrelevante para o contrato, não permitindo manifestamente satisfazer, sem alterações substanciais, as necessidades e requisitos da autoridade adjudicante, conforme especificado nos documentos do concurso” (cfr. artigo 32.º, n.º 2, alínea a), §2 da Diretiva 24/2014/UE). A este respeito, o Tribunal de Justiça da União Europeia esclarece que “só pode ser qualificada de «inadequada» a proposta cujo objeto é totalmente diferente do descrito no anúncio do concurso. (...) [H]á umnexo de ligação entre a falta de proposta e a proposta inadequada na medida em que cada uma destas situações substitui a outra enquanto motivo para a adjudicação direta. As referidas situações são

equivalentes não só quanto ao efeito que produzem mas também quanto às dificuldades que criam para a entidade adjudicante, uma vez que, nos dois casos, as necessidades ligadas à execução do projecto em causa não são satisfeitas” (cfr. Acórdão de 4 de junho de 2009, proferido no Proc. C-250/07, §19).

Não obstante estas coordenadas úteis na sua interpretação, esta nova causa de exclusão provavelmente colocará desafios na sua aplicação a casos concretos – desde logo pela significativa margem de indeterminabilidade da sua redação, mas também na definição do seu âmbito de aplicação por contraposição a outros fundamentos de exclusão, nomeadamente os previstos na alínea a) e b) do n.º 2 do artigo 70.º.

4. Aditamento do artigo 57.º-A, com a epígrafe “Documento demonstrativo da estrutura de custos do trabalho”.

Outra alteração do Decreto-Lei n.º 78/2022 reside na previsão expressa da possibilidade de a entidade adjudicante exigir, no convite à apresentação de propostas ou no programa do procedimento, que as propostas sejam constituídas por um “documento demonstrativo da estrutura de custos do trabalho necessário à execução do contrato a celebrar, nomeadamente quando o mesmo respeite a setores em que o custo fixo do trabalho é determinante na formação dos preços”. Salientam-se, neste novo preceito, os seguintes aspetos:

- i) O documento identifica os custos que resultem de prestações impostas por lei ou por instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, expressando valores certos ou médios, bem como o respetivo peso relativo (indicado em percentagem).
- ii) O documento demonstrativo das estruturas de custos é classificado nos termos do n.º 1 do artigo 66.º, independentemente da apresentação de requerimento para o efeito, não podendo a entidade adjudicante divulgar, direta ou indiretamente, informações nele contidas;
- iii) Os termos da elaboração deste documento são regulamentados por portaria dos membros do Governo responsáveis pela administração pública e do trabalho.

Tal possibilidade já resultava do CCP, concretamente das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 57.º e do n.º 4 do artigo 132.º: com efeito, as entidades adjudicantes podem exigir aos concorrentes, através da inclusão de regras, no convite ou no programa do procedimento, que apresentem os documentos considerados necessários para avaliar os atributos ou para analisar o cumprimento de exigências respeitantes a aspetos a execução do contrato não submetidos à concorrência – aqui se incluindo os documentos demonstrativos da estrutura de custos que resultem da lei ou de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho.

Tendo isto presente, é pertinente perguntar se a inclusão deste novo artigo 57.º-A não acaba por condicionar essa possibilidade por parte das entidades adjudicantes, uma vez que os termos da elaboração desses documentos demonstrativos carecem de regulamentação por portaria.

Por outro lado, ainda que compreensível, a opção do legislador pela classificação destes documentos nos termos do n.º 1 do artigo 66.º não deixa de suscitar questões práticas, nomeadamente se, com essa limitação automática de acesso aos mesmos, não se estará, na prática, a limitar a sindicância das propostas e da sua conformidade com as peças do procedimento e com a lei, por exemplo em sede de audiência prévia.

5. Aditamento de nova cláusula laboral obrigatória para o Caderno de Encargos em contratos de concessão de obras públicas ou de serviços públicos e contratos de aquisição de serviços.

O legislador veio, igualmente, inovar ao estabelecer, no artigo 42.º, n.º 13, conjugado com o artigo 419.º-A, quanto aos contratos de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos e de aquisição de serviços, a obrigatoriedade das entidades adjudicantes fixarem no caderno de encargos uma cláusula relativa ao regime aplicável aos contratos de trabalho dos trabalhadores afetos aos contratos.

Concretamente, estabelece-se a obrigatoriedade de celebração de contrato de trabalho sem termo para trabalhadores integrados na execução de contratos de concessão ou aquisição de serviços com prazo superior a 1 ano, sendo aplicável, no âmbito dos demais contratos de concessão ou aquisição de serviços (com prazo igual ou inferior a 1 ano), o regime de contrato de trabalho com termo, por período não inferior ao prazo daqueles contratos.

Note-se, ainda, que o incumprimento da obrigação de contratação de trabalhadores de acordo com o novo artigo 419.º-A constitui uma contraordenação muito grave, punível com uma coima de EUR 7.500 a EUR 44.800, nos termos da também nova alínea f) do artigo 456.º.

6. Clarificação introduzida nos artigos 54.º-A, n.º 1, alínea c), e 75.º, n.º 2, alínea d).

Só será possível às entidades adjudicantes reservar a possibilidade de ser candidato ou concorrente a operadores económicos locais, se o contrato visado não revelar interesse transfronteiriço certo. Em linha com esta alteração, é eliminada a referência na alínea d) do n.º 2 do artigo 75.º, relativo ao elenco exemplificativo de fatores e subfatores do critério de adjudicação, a referência a “produtos de origem local ou regional” (bem como a “produtos provenientes de detentores do Estatuto de Agricultura Familiar”).

7. Reformulação do suprimento de candidaturas e de propostas, e previsão de contraordenação grave para o incumprimento por parte dos concorrentes ou dos candidatos.

Uma das alterações mais relevantes empreendidas pelo Decreto-Lei n.º 78/2022 ao CCP foi a relativa ao artigo 72.º, n.º 3, no qual se adota, agora, a seguinte redação:

“3 – O júri deve solicitar aos candidatos e concorrentes que, no prazo máximo de cinco dias, procedam ao suprimento de irregularidades formais das suas candidaturas e propostas que careçam de ser supridas, desde que tal suprimento não seja suscetível de modificar o respetivo conteúdo e não desrespeite os princípios da igualdade de tratamento e da concorrência, incluindo, designadamente:

- a) A não apresentação ou a incorreta apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da candidatura ou da proposta, incluindo as declarações dos anexos i e v ao presente Código ou o Documento Europeu Único de Contratação Pública;*
- b) A não junção de tradução em língua portuguesa de documentos apresentados em língua estrangeira;*
- c) A falta ou insuficiência da assinatura, incluindo a assinatura eletrónica, de quaisquer documentos que constituam a candidatura ou a proposta, as quais podem ser supridas através da junção de declaração de ratificação devidamente assinada e limitada aos documentos já submetidos”.*

Perante a ambiguidade da anterior redação do n.º 3 do artigo 72.º, n.º 3, que gerou diversas teses doutrinárias, bem como diversos acórdãos dos tribunais superiores administrativos e do Tribunal de Contas.

São indicados exemplos de irregularidades formais que devem ser supridas pelo júri.

Assim, com a nova redação do artigo 72.º, n.º 3, vislumbram-se os seguintes requisitos para a aplicabilidade da norma:

- i) Têm de estar em causa irregularidades formais;
- ii) Essas irregularidades formais carecem de suprimento;
- iii) O suprimento das irregularidades não pode modificar o respetivo conteúdo, nem pode desrespeitar os princípios da igualdade de tratamento e da concorrência.

O legislador fornece, na parte final da norma, alguns exemplos e pistas (alguns já anteriormente aceites, de forma maioritária ou até unânime, pela jurisprudência) que permitem densificar os requisitos acima expressos, antevendo que será, em princípio, possível – constituindo, aliás, um poder-dever dos júris dos procedimentos – solicitar aos candidatos ou concorrentes o suprimento de irregularidades formais das suas candidaturas ou das suas propostas nos seguintes casos:

- i) Em caso de não apresentação ou de incorreta apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da candidatura ou da proposta, designadamente:
 - o Declaração do anexo I;

O legislador procurou clarificar os requisitos e situações em que é possível o suprimento de candidaturas ou propostas.

- Declaração do anexo V;
 - Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP);
- ii) Em caso da não junção de tradução em língua portuguesa de documentos apresentados em língua estrangeira; e
- iii) Em caso de falta ou insuficiência da assinatura, incluindo a assinatura eletrónica, de quaisquer documentos que constituam a candidatura ou a proposta. Nestas hipóteses, o suprimento é realizado através da junção de declaração de ratificação devidamente assinada e limitada aos documentos já submetidos.
- Deve notar-se que esta nova redação se afasta do sentido vertido no Acórdão de uniformização de jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, de 25.11.2021, proferido no processo n.º 0210/18.4BELLE, o que não deixará de significar o reconhecimento pelo Legislador que, até à entrada em vigor desta nova alteração, a solução seria a contrária à agora regulada.

Importa ainda notar que foi aditada a alínea e) ao artigo 457.º, ficando estabelecido que o não suprimento das irregularidades das candidaturas ou das propostas, por parte dos candidatos ou dos concorrentes, constitui uma contraordenação grave, punível com uma coima de EUR 5.000 a EUR 30.000, para pessoas coletivas, não se percebendo bem como é que um concorrente poderá ser sujeito a esta contraordenação, na medida em que parece supor que existe um verdadeiro dever jurídico de suprir a sua proposta.

8. Fundamentos de resolução pelo contraente público (correção de remissão).

No n.º 1 do artigo 335.º, que trata do direito de resolução do contrato pelo contraente público com fundamento na alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, o legislador procedeu a uma mera correção da remissão ali feita, passando a remeter-se para a alínea b) do artigo 312.º.

Com efeito, o legislador da revisão de 2021 havia alterado, nomeadamente, o artigo 312.º (relativo aos fundamentos da modificação objetiva do contrato), tendo ficado a constar da sua alínea b) o fundamento correspondente à alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, do que resultou um erro de remissão no artigo 335.º, n.º 1 e que ora se retifica.

9. Trabalhos complementares.

Em matéria de trabalhos complementares, identificam-se importantes alterações com potencial impacto na execução dos contratos. Desde logo, é alterada a definição legal de trabalhos complementares constante do n.º 1 do artigo 370.º: “São trabalhos complementares aqueles cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato e cuja realização se revele necessária para a sua execução”. De acordo com o preâmbulo do Decreto-Lei 78/2022, “incorpora-se uma referência que traduz de modo mais claro aquela que é a definição de trabalhos complementares à luz das diretivas, adotando-se idêntica nomenclatura à aí seguida”.

São trabalhos complementares aqueles cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato e cuja realização se revele necessária para a sua execução.

Com efeito, passou a constar expressamente a valoração jurídico-subjetiva da necessidade, em linha com o disposto na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 72.º da Diretiva 2014/24/UE, de 26 de fevereiro de 2014. Assim, parecem ter ficado excluídos da definição de trabalhos complementares aqueles que dependam exclusivamente da vontade da entidade adjudicante e não sejam necessários para a conclusão da obra (ou objeto do contrato). A entidade adjudicante apenas poderá ordenar trabalhos que não estejam previstos no contrato na medida em que tais trabalhos sejam necessários à execução do mesmo.

Apenas poderá ser ordenada a execução de trabalhos complementares ao mesmo cocontratante caso a mudança de cocontratante não seja viável por razões económicas ou técnicas e seja altamente inconveniente ou provoque um aumento considerável de custos para o dono da obra.

Também os requisitos da possibilidade de imposição de trabalhos complementares ao empreiteiro foram objeto de alterações (artigo 370.º, n.º 2), tendo sido acolhido (quase) textualmente o disposto nas diretivas europeias (mormente, nos pontos *i*) e *ii*) da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 72.º da Diretiva 2014/24/UE). Assim, apenas poderá ser ordenada a execução de trabalhos complementares ao mesmo cocontratante caso a mudança de cocontratante (*i*) não seja viável **por razões económicas** ou técnicas, designadamente em função da necessidade de assegurar a permutabilidade ou interoperabilidade com equipamentos, serviços ou instalações existentes; e (*ii*) **seja altamente inconveniente** ou provoque um aumento considerável de custos para o dono da obra.

Esta nova redação recupera, em certa medida, parte da redação que vigorou em versões anteriores à revisão de 2021. Destaca-se, desde logo, a indicação de razões económicas (e não apenas técnicas) como fundamento para não mudar de cocontratante e que se acredita que correspondia a um erro de transposição que urgia corrigir, sob pena de, numa interpretação literal, poder limitar excessivamente a possibilidade de trabalhos complementares. Por outro lado, adota-se o conceito indeterminado “*altamente inconveniente*”, o qual já foi adotado em anteriores versoes do artigo em análise e que, uma vez mais, atribui uma maior abertura ao recurso a trabalhos complementares, que não ficam assim limitados por uma visao puramente economicista centrada em custos.

10. Prazo de garantia para correção de defeitos, no contrato de empreitada.

O prazo de garantia de correção de defeitos relativos a equipamentos afetos à obra, mas dela autonomizáveis, previsto na alínea *c*), do n.º 2, do artigo 397.º, foi ampliado para três anos, substituindo o anterior prazo de dois anos. Por força desta alteração, atualizou-se em conformidade os prazos previstos nos n.ºs 4 e 5, do artigo 295.º.

Na verdade, a ampliação do prazo de garantia para três anos acompanha as alterações introduzidas com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, que regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, transpondo as Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770. No n.º 1 do artigo 12.º desse diploma, passou a prever-se que “[o] *profissional é responsável por qualquer falta de conformidade que se manifeste no prazo de três anos a contar da entrega do bem.*”

Posto isto, é de notar que esta é uma alteração que, em determinados setores de atividade, se distancia de *standards* de mercado internacional em que os períodos de garantia dos equipamentos são substancialmente mais reduzidos.

II. Prazo de garantia em relação aos bens fornecidos, no contrato de aquisição de bens móveis.

O n.º 4 do artigo 444.º estabelecia já que o contrato (de aquisição de bens móveis) pode estipular uma obrigação de garantia, a cujas concretas condições o fornecedor dos bens fica vinculado com a adjudicação do contrato. Ora, em linha com a alteração legislativa já referida (introduzida pelo Decreto-Lei 84/2021), o prazo máximo da referida obrigação de garantia foi igualmente ampliado (no n.º 5 do mesmo artigo) para três anos – sem prejuízo de continuar a poder ser superior quando, tratando-se de aspeto de execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos, o fornecedor o tenha proposto.

Alterações à Lei n.º 30/2021, de 21 de maio

1. Regime especial de empreitadas de conceção-construção.

O CCP adotou, desde o seu início, a opção de encarar a empreitada de conceção-construção como uma situação de recurso excecional, com base no entendimento de que se trataria de um modelo contratual que, pela sua própria natureza, seria suscetível de restringir a concorrência. De facto, como corolário dessa desconfiança face ao regime, o n.º 3 do artigo 43.º continua a estabelecer que apenas em casos excecionais devidamente fundamentados (de complexidade técnica do processo construtivo ou em que o cocontratante tivesse de assumir obrigações de resultado relativas à utilização da obra a realizar) pode a entidade adjudicante prever, como aspeto da execução do contrato a celebrar, a elaboração do projeto de execução – resultando, deste modo, num contrato que inclui a elaboração do projeto e a realização da obra.

Não obstante a manutenção deste regime previsto no artigo 43.º, n.º 3, o Decreto-Lei n.º 78/2022 vem aditar um artigo, integrado no regime das medidas especiais de contratação pública, que parece autorizar as entidades adjudicantes a recorrerem, sem os referidos fundamentos excecionais e expressos, à empreitada de conceção construção. Com efeito, o artigo 2.º-A da Lei n.º 30/2021, agora aditado, consagra um *regime especial de empreitadas de conceção-construção*, que estabelece, no seu n.º 1, que “[p]ara além e sem prejuízo dos casos previstos no n.º 3 do artigo 43.º do Código dos Contratos Públicos, em procedimentos de formação de contratos de empreitada de obras públicas, a entidade adjudicante pode prever, como aspeto da execução do contrato a celebrar, a elaboração do projeto de execução, observando-se o disposto nos números seguintes”.

É consagrado um regime especial de empreitadas de conceção-construção no âmbito das medidas especiais de contratação pública.

De acordo com o preâmbulo, este novo regime especial de conceção-construção visa “a eliminação de dispêndios de tempo e recursos desnecessários, por parte da entidade adjudicante, nos casos em que esta considere que o mercado está em melhor posição de elaborar um projeto de execução de determinada obra, concluindo que o acesso a tal prerrogativa concorrerá para uma pretendida agilização procedimental”.

Desde logo, é de notar que o citado n.º 1 do artigo 2.º-A não enuncia, especificamente, quais os outros casos (para além dos previstos no artigo 43.º, n.º 3 do CCP, que são casos excecionais devidamente fundamentados) em que o recurso à empreitada de conceção-construção é admitido. Pelo contrário, parece autorizar o recurso ao modelo de conceção-construção, **sem um carácter excecional e sem necessidade de fundamentação**, e independentemente do valor do contrato (cfr. alínea e), do artigo 2.º da Lei n.º 30/2021), no âmbito de procedimentos pré-contratuais em matérias de projetos financiados ou cofinanciados por fundos europeus, incluindo os integrados no âmbito do Plano de Recuperação e Resiliência, de promoção de habitação e descentralização, de tecnologias de informação e conhecimento, de saúde e apoio social, de execução do Programa de Estabilização Económica, de gestão de combustíveis no âmbito do Sistema de Gestão Integrada de Fogos Rurais (SGIFR) e, ainda, de bens agroalimentares. De facto, este é um regime que tem, por um lado, um âmbito de aplicação limitado aos casos enunciados e, por outro lado, um período de vigência temporalmente limitado.

Para além desta principal diferença, estão em causa dois regimes que preveem regras verdadeiramente distintas quanto à formação de contratos de empreitada de conceção-construção.

Certamente para contrabalançar o facto de ter concedido ampla abertura à utilização da empreitada de conceção-construção no referido âmbito, o legislador estipulou, no n.º 2 do referido artigo 2.º-A, que constitui um elemento obrigatório do caderno de encargos o *estudo prévio* e não apenas o programa preliminar (como exigido no n.º 3 do artigo 43.º do CCP para os outros casos de conceção-construção ditos excecionais). Na verdade, sendo o estudo prévio um documento mais desenvolvido que o programa preliminar, a sua previsão como documento do caderno de encargos sempre obrigará a uma maior definição, por parte do contraente públicos, das características da obra pretendida.

Em rigor, de acordo com a Portaria 701-H/2008, de 29 de julho (que prevê, desde logo, o conteúdo mínimo do estudo prévio e para que remete expressamente o n.º 3 do artigo 2.º-A), o estudo prévio é preparado pelo projetista e corresponde a um desenvolvimento/concretização do programa base, o qual é, por sua vez, elaborado a partir do programa preliminar. Ora, de acordo com o regime agora aprovado, não será o adjudicatário, enquanto projetista, a desenvolver o estudo prévio, porquanto este deverá constar, desde logo, no caderno de encargos. Assim, deverá ser a própria entidade adjudicante (com eventual recurso assessoria técnica) a prepará-lo, antes de lançar o procedimento pré-contratual.

Para além disso, o legislador, no n.º 4 do artigo 2.º-A estabelece que deverão ficar discriminados, no caderno de encargos, separadamente, os montantes máximos que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução das prestações correspondentes à conceção e à execução da obra. Por outro lado, estabelece também que o critério de adjudicação a utilizar obrigatoriamente nos procedimentos de formação destas empreitadas de conceção-construção *especiais* deverá ser na modalidade multifatorial, prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º, tendo o legislador especificamente estabelecido, no n.º 5 do artigo 2.º-A, que devem dos fatores e subfactores que o densificam ser estritamente objetivos, garantir uma adequada comparabilidade das propostas e incluir, pelo menos, o preço relativo à conceção e o preço relativo à execução da obra.

Esclarece ainda o n.º 6 do novo artigo 2.º-A (à semelhança do previsto no n.º 11 do artigo 43.º do CCP, para a empreitada de conceção-construção geral) que o contrato de empreitada-conceção a celebrar não será considerado um contrato misto para os efeitos do disposto no artigo 32.º do CCP, isto é, para efeitos da escolha do procedimento.

Clarifica-se que as medidas especiais de tramitação dos procedimentos pré-contratuais se aplicam aos contratos destinados à execução de projetos financiados ou co-financiados por fundos europeus, que incluem os integrados no âmbito do Plano de Recuperação e Resiliência.

2. Clarificação do âmbito de aplicação das medidas especiais (alteração do artigo 2.º).

O legislador entendeu esclarecer que as medidas especiais de tramitação dos procedimentos pré-contratuais aplicam-se aos contratos destinados à execução de projetos financiados ou co-financiados por fundos europeus, que incluem os integrados **no âmbito do Plano de Recuperação e Resiliência (“PRR”)**, esclarecendo ainda, no texto preambular, que essa aplicação não carece de despacho do membro do Governo responsável pelo setor de atividade sobre o qual recaiam as intervenções em causa.

3. Extensão do prazo de aplicação das medidas especiais até 31 de dezembro de 2026 (alterações aos artigos 3.º a 6.º).

Em linha com o horizonte temporal de execução do PRR, o regime especial de tramitação procedimental que, inicialmente, seria aplicável até ao final de 2022, é alargado por quatro anos no que diz respeito à celebração dos contratos que:

- a) Se destinem à promoção da habitação pública ou de custos controlados ou à intervenção nos imóveis cuja titularidade e gestão tenha sido transferida para os municípios, no âmbito do processo de descentralização de competências;
- b) Tenham por objeto a locação ou a aquisição de equipamentos informáticos, aquisição, renovação, prorrogação ou manutenção de licenças ou serviços de *software*, aquisição de serviços de computação ou de armazenamento em *cloud*, assim como a aquisição de serviços de consultoria ou assessoria e a realização de obras públicas associadas a processos de transformação digital;
- c) Tenham por objeto a locação ou aquisição de bens móveis, aquisição de serviços ou a realização de obras públicas e se destinem à construção, renovação ou reabilitação de imóveis no âmbito do setor da saúde, das unidades de cuidados continuados e integrados e do apoio social no âmbito das pessoas idosas, da deficiência, da infância e da juventude;

4. Requisitos de eficácia dos contratos celebrados no âmbito das medidas especiais (alteração do n.º 7 do artigo 19.º).

O legislador entendeu também esclarecer que os contratos celebrados na sequência dos procedimentos adotados ao abrigo das medidas especiais devem ser eletronicamente remetidos ao IMPIC, I.P., **sob pena de ineficácia.** ■